

Voces: FIDEICOMISO INMOBILIARIO - RESPONSABILIDAD OBJETIVA - INTERESES - BOLETO DE COMPRAVENTA - CONTRATO DE ADHESIÓN - BIENES FIDEICOMITIDOS - PROYECTO DE OBRA - POSESIÓN - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - ESCRITURACIÓN - TITULAR REGISTRAL - INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR - DAÑOS Y PERJUICIOS

Partes: Ahumada Mariela Florencia c/ Oliver Group S.A. y otro | ordinario

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba

Sala/Juzgado: Sexta

Fecha: 14-abr-2016

Cita: MJ-JU-M-98242-AR | MJJ98242

Producto: COR,SOC,MJ

Aplicación de la Ley de Defensa al Consumidor: La empresa y su directora deberán indemnizar a la actora con quien celebraron un contrato de fideicomiso destinado a la edificación de un edificio ante la falta de entrega del inmueble en la fecha fijada.

Sumario:

1.-Puede considerarse consumidor a quien adquiere unidades habitacionales mediante un sistema de adhesión a un fideicomiso inmobiliario, aun incorporándose al mismo como fiduciante y beneficiario. Se trata de una cuestión de hecho a ser valorada en cada caso particular.

2.-La ley de defensa del consumidor fue el marco normativo aplicado en un caso en el cual quien había adquirido unas unidades funcionales mediante un sistema de adhesión a un fideicomiso inmobiliario interpuso, luego de abonar la totalidad del precio original convenido, demanda por escrituración y entrega de la posesión contra la sociedad mutual fiduciaria.

3.-En el fideicomiso inmobiliario debe distinguirse el fiduciante originario de aquellos terceros que financian la obra con sus aportes, sea como fiduciantes/beneficiarios de fideicomisos de construcción al costo, o como simples adquirentes/beneficiarios por la compra de las unidades a un precio fijo, resultando en este caso indispensable la clara especificación del objeto mediante la incorporación del proyecto o master plan de la obra como anexo del contrato, y ello no solamente en protección de los intereses de los beneficiarios por compra de las unidades, sino también de los propios fiduciantes, que tanto unos como otros, para que puedan exigir al fiduciario el cumplimiento del encargo, éste debe estar claramente determinado, como así también en el propio interés del fiduciario puesto que mientras mayor sea su discrecionalidad

posible, mayor será su responsabilidad en función del objeto.

4.-En el fideicomiso inmobiliario, mayor protección incluso requieren los terceros de buena fe que para la adquisición de un departamento, por ejemplo, participan como beneficiarios del fideicomiso, en el mejor de los casos como compradores, pero en muchos como fiduciantes; es decir, como inversores de la construcción del edificio al costo, con derecho a la participación de los beneficios en un porcentaje total de la obra traducida en una o más unidades que les corresponda. En muchos casos, al firmar el boleto de compraventa o el contrato de adhesión como fiduciantes al fideicomiso previamente constituido, ni siquiera se les entrega una copia del contrato de fideicomiso al cual adhieren, como para que mínimamente sepan las condiciones de su adhesión, y los derechos que les asisten como fiduciantes y/o beneficiarios, situación que se agrava en los supuestos en que el proyecto de obra y sus especificaciones técnicas no integran el contrato.

5.-La seguridad del contrato de fideicomiso para el tercero de buena fe, beneficiario distinto a los fiduciantes originarios del proyecto, depende de la seguridad del negocio subyacente, de la confiabilidad que le inspire el fiduciario en su capacidad de gestión, y principalmente de la regulación específica en el contrato de las facultades y deberes del fiduciario en función del objeto, como así también de las formas de control del fiduciante y los beneficiarios sobre la gestión del fiduciario, y de los mecanismos de solución de contingencias que puedan suscitarse durante la vigencia del contrato; de ahí la importancia de una clara determinación del objeto del contrato.

6.-La protección del fiduciante-beneficiario debe acentuarse cuando este resulta ser un consumidor y es que, si bien a veces el producto íntegro del desarrollo inmobiliario se reparte sólo entre los fiduciantes originantes, en otros supuestos el fideicomiso se volcará al mercado con los consumidores mediante preventas y ventas. En este último escenario, el estatuto del consumidor será aplicado al fideicomiso, sin importar el esquema utilizado: adquisición de unidades mediante boleto de compraventa con el fiduciario, o mediante incorporación como fiduciante-beneficiario.

7.-El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato.

8.-En una mayoría de supuestos de fideicomisos de construcción en la que terceros aportan una suma de dinero con la expectativa de la adjudicación de una unidad habitacional la relación será claramente de consumo.

9.-En el régimen del estatuto del consumidor, la finalidad es tipificante y predomina sobre la estructura típica del negocio. así como que ley de defensa del consumidor, al haber incorporado expresamente los negocios inmobiliarios , categoría de la cual participa el fideicomiso inmobiliario en todas sus formas, sirve como un freno a los proveedores que constituyen la parte fuerte del contrato y protege a los pequeños inversores que pretenden adquirir una vivienda mediante esta modalidad.

10.-Los fiduciantes pueden ser consumidores cuando firman el contrato de adhesión al fideicomiso existente, con mayor razón pueden ser considerados consumidores cuando, como en este caso, lo suscriben sin que el fideicomiso no se encuentre siquiera instrumentado conforme a derecho.

11.-La circunstancia que la operación entre las partes haya incluido su adhesión como fiduciante y beneficiaria al fideicomiso que, reitero, era aún inexistente, no obsta que el contenido del contrato celebrado incluya una compraventa de un P.H. o unidad funcional, que el fideicomiso puede ser visto como el vehículo a través del cual la compraventa se efectivizaría, habida cuenta las reconocidas ventajas que la figura jurídica apareja para quienes lo constituyen.

12.-El fideicomiso inmobiliario no es más que una aplicación del negocio fiduciario, estructurado ad hoc para emprendimientos inmobiliarios, mayormente destinados a viviendas en propiedad horizontal, barrios cerrados, clubes de campos, etc., cuyos Beneficiarios o adquirentes son generalmente inversores o ahorristas no profesionales o consumidores finales, que financian el costo de la tierra y la construcción más un plus de retribución o ganancia para el desarrollador u organizador y asimismo que las combinaciones y participación en el negocio, particularmente de los inversores y desarrolladores, son múltiples, sin que haya un esquema, patrón fijo o modelo uniforme al que se ciñen aun cuando existen prácticas generales y parecidas, sino que depende de cómo se conjugan los recursos que cada parte aporta o invierte en el negocio y la ganancia o ventaja que pretende obtener.

13.-Los fideicomisos inmobiliarios tienen en común, la utilización del contrato de fideicomiso como vehículo jurídico que contiene el negocio y encausa algunas relaciones de los participantes o protagonistas.

14.-Aun en los casos de pacto comisorio, ya sea expreso o tácito, puede ejercerse la facultad resolutoria por vía judicial sin haber seguido previamente los procedimientos extrajudiciales. En esta dirección se ha dicho que cuando el acreedor opta por resolver el contrato por vía judicial no es indispensable o necesario que cumpla los requerimientos o intimaciones previas pues de lo contrario el trámite judicial no tendería a provocar la resolución, sino más bien a obtener una declaración judicial de que se había llevado a cabo en oportunidad de cumplimentarse los recaudos exigidos por la ley para llegar extrajudicialmente a la extinción del vínculo.

15.-En función de lo dispuesto en el art. 14 de la Ley N° 24.441, los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado tanto del fiduciario como del fiduciante y asimismo que la responsabilidad objetiva del fiduciario - emergente del ex art. 1113 del CCiv.- se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.

16.-La Ley 24.441, aparte de los arts. 14 y 15 , no se ocupa más del fiduciante porque los bienes entregados al fideicomiso salieron de su patrimonio y formaron uno distinto. Su participación estuvo en el contrato, que suele ser la forma principal de dar nacimiento al fideicomiso.

17.-No encontrándose constituido el fideicomiso -respecto del cual luego resultó ser fiduciante inversor beneficiaria, de todas las unidades, ni siendo el inmueble un bien de la sociedad que ella representaba, debe calificarse a la titular registral del inmueble como proveedora, en los términos del art. 2 de la LDC.

18.-La obligación que pesa sobre los proveedores de suministrar información al consumidor en forma gratuita, clara, cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que proveen, las condiciones de su comercialización y toda

circunstancia relevante para el contrato, incluía en este caso, el deber de informar a la actora cuál era la situación registral y dominial del inmueble sobre el cual se emplazaba el proyecto edilicio y que el fideicomiso no se había instrumentado. N.R.: Sumarios elaborados por Ricardo A. Nissen.

En la Ciudad de Córdoba a las horas del día catorce de abril de dos mil dieciséis, se reunieron en Audiencia Pública los Sres. Vocales de esta Excma. Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial, en presencia de Secretaria autorizante, en estos autos caratulados: "AHUMADA, MARIELA FLORENCIA C/ OLIVER GROUP S.A. Y OTRO - ORDINARIOS -

OTROS - RECURSO DE APELACIÓN (Expte. N° 2222592/36)", venidos a los fines de resolver los recursos de apelación interpuestos por la codemandada, Oliver Group S.A., con el patrocinio letrado del Dr. Alberto Víctor Falcón, y por la parte actora, en contra de la Sentencia Número Cincuenta y Cuatro de fecha dieciséis de marzo de dos mil quince, dictada por la Sra. Juez de Primera Instancia y Cuarta Nominación Civil y Comercial, Dra. María de las Mercedes Fontana de Marrone, mediante la cual se resolvió: "1) Hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por la Sra. Mariela Florencia Ahumada D.N.I 24.607.967 en contra de Oliver Group S.A, y en su mérito condenar a la segunda a pagar a la primera en el plazo de diez días la suma de dólares estadounidenses cincuenta y siete mil quinientos (U\$S 57.500) o su equivalente en pesos, calculado en base a la cotización del dólar vendedor del Banco de la Nación Argentina a la fecha del efectivo pago, con más los intereses establecidos en el considerando respectivo. 2) No hacer lugar a la demanda impetrada por la actora Sra. Mariela Florencia Ahumada D.N.I 24.607.967 en contra de la Sra. Liliana Alfonsina Viviana Seidl D.N.I 14.984.842. 3) Imponer las costas de la demanda incoada en contra de Oliver Group S.A a la demandada vencida. Regular los honorarios profesionales del letrado apoderado de la accionante, Dr. Luciano Zanzi, en la suma de pesos ciento cuarenta y siete mil novecientos treinta y nueve con 30/100 (\$147.939,30). Regular los honorarios del Perito sorteado Ingeniero Walter Hugo Reynoso en la suma de pesos diez mil quinientos veintiuno con 60/100 (\$10.521,60) y los honorarios del Perito de control de la parte actora, Ingeniero Augusto V. Menegaz, en la suma de pesos cinco mil doscientos sesenta con 80/100 (\$5.260,80), los cuales deberán ser afrontados por su parte proponente. 4) Imponer las costas de la demanda impetrada en contra de la Sra. Liliana Alfonsina Viviana Seidl D.N.I 14.984.842 a la actora vencida. Regular los honorarios de la Dra. Isabel Lucía Alem, en la suma de pesos ciento treinta y ocho mil quinientos treinta y siete con 80/100 (\$138.537,80). 5) Establecer que todos los honorarios regulados en la presente resolución devengarán intereses desde el día de la fecha y hasta su efectivo pago, aplicando para su cálculo la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina, con más el 2% por ciento nominal mensual (art. 35, ley 9459). Prot."

El Tribunal se planteó las siguientes cuestiones a resolver:

- 1) ¿Es ajustada a derecho la sentencia dictada?
- 2) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Previo sorteo de ley, los Señores Vocales votaron de la siguiente manera:

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR ALBERTO F. ZARZA A LA PRIMERA CUESTIÓN DIJO:

I. Llegan las actuaciones a este Tribunal de Alzada en virtud de los recursos de apelación articulados por la actora y la codemandada, Oliver Group S.A., en contra de la sentencia que hizo parcialmente lugar a la demanda y cuya parte resolutive ha sido transcripta más arriba.

II. A fs. 536/543 obra la expresión de agravios de la parte actora, quien se queja por cuanto la sentencia de primera instancia no condenó personalmente a la Sra.

Liliana Alfonsina Viviana Seidl. Entiende que es arbitraria porque omitió analizar si el actuar de aquella en lo que refería al ejercicio de su cargo de Directora de la empresa fiduciaria cumplía con el estándar de conducta de los arts. 59 y 274 de la Ley 19.550 (art. 159 del C.C.C.), si hubo culpa y negligencia en el manejo del cargo societario que ostenta como única directora de la sociedad fiduciaria.

Manifiesta que el fideicomiso Canadian Plaza no cuenta con patrimonio, mientras que la Sra. Seidl fue la única persona que intervino como vendedora, en la constitución de Oliver Group S.A. y en el fideicomiso; que referirse a personas diferenciadas es un tecnicismo jurídico pero que no parece un argumento válido para oponer a quien es en definitiva una consumidora. Aduce que la negligencia e impericia de la Sra. Seidl se observa en que no sabía la complejidad del emprendimiento inmobiliario que había proyectado, en que una vez conocidas las complicaciones del emprendimiento, no hizo nada para cumplir, siquiera tardíamente con la obligación contractual acordada ni para incorporar el inmueble al fideicomiso administrado por la firma que ella representa; que se comprometió a la entrega del departamento para agosto de 2010 sin haber contratado previamente un estudio de los suelos. Además, refiere que la Sra. Seidl no informó a la actora sobre las medidas tomadas en relación al edificio y que de las pruebas aportadas en la causa surge claramente su negligencia y mal desempeño.

Afirma que si la razón de ser de Oliver Group S.A. era administrar un fideicomiso que no existía al tiempo de la celebración del contrato, la contratación debe imputársele directamente a la Sra. Seidl. Solicita que, acogiendo el recurso de apelación, se revoque parcialmente la sentencia y se condene en forma solidaria a la Sra. Seidl a abonarle la suma impuesta en aquella.

A fs. 546/550 contesta agravios la contraria, entiende que debe aplicarse el C.C.C. por la existencia de una relación jurídica sin sentencia firme; que la Sra.

Seidl sólo actuó en ejercicio de sus funciones como presidenta del Directorio de Oliver Group S.A., fiduciaria del Fideicomiso Canadian Plaza, por lo que la persona física no responde por las obligaciones de la persona jurídica. Aduce que la Sra. Seidl no se vinculó directamente con la actora y que obró con lealtad, diligencia y como un buen hombre de negocios. Solicita el rechazo del recurso, con costas.

III. A fs. 556/564 expresa agravios Oliver Group S.A. Expone que el caso debe resolverse bajo las normas del fideicomiso del C.C.C. en función del art. 7 de dicho texto legal. Califica de arbitraria la sentencia porque, a los fines de acreditar la relación de consumo entre las partes, tuvo en cuenta prueba aportada en el Beneficio de Litigar Sin Gastos iniciado por la actora. Entiende que ello vulneró su derecho de defensa. Señala que si la actora alquilaba, debió haber incorporado el contrato al juicio y realizado la testimonial necesaria a los fines de su reconocimiento. Refiere que la actora no es consumidora sino inversora, que asumió un riesgo empresario al integrarse al fideicomiso en el doble carácter de fiduciante y beneficiaria; que al haberla calificado como consumidora el tribunal incurrió en un error in judicando. Además, que

la sentencia cambia la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso celebrado, al estipular que se trató de una compraventa así como que dejó de lado lo previsto en la cláusula décima del contrato según la cual la actora debía comunicar la voluntad de rescindir en lugar de demandar directamente. Se queja de que la sentencia le condene a pagar una suma de dinero en concepto de indemnización sin haber declarado resuelto el contrato. Solicita se declare la nulidad de la sentencia y se resuelva el fondo de la cuestión. Afirma como hecho nuevo que las unidades habitacionales del edificio se encuentran entregadas y habitadas (70 %) así como que la obra se encuentra en las instancias finales.

A fs.566/578 contesta agravios la parte actora, escrito al que me remito en honor a la brevedad. Solicita el rechazo del recurso, con costas.

IV. A fs. 580/620 evacúa el traslado el Sr. Fiscal de Cámaras, quien emitió su opinión concluyendo que en autos resulta aplicable la Ley de Defensa del Consumidor; que el atraso en la construcción del edificio es absolutamente imputable a Oliver Group S.A.; que la sociedad fiduciaria violó el deber de información, que la cláusula décima del contrato de incorporación de la actora como fiduciante es abusiva; que la actora estaba facultada a solicitar la resolución del contrato y una indemnización por daños y perjuicios sufridos y, finalmente, que la Sra. Seidl debe responder personalmente por los perjuicios ocasionados a la actora. Estima admisible el agravio de la parte actora. Una vez dictado y firme el decreto de autos de fs. 622, la causa queda en estado de resolver a fs. 626.

V. La cuestión a decidir en esta instancia consiste en determinar si la sentencia de primera instancia, que condenó a Oliver Group S.A., fiduciaria del fideicomiso Canadian Plaza a pagar una suma de dólares o su equivalente en pesos, pero rechazó la demanda en contra de la Sra. Liliana Alfonsina Viviana Seidl, resulta ajustada a derecho.

VI. Por una cuestión de orden lógico, se abordará en primer lugar el recurso de apelación de la codemandada Oliver Group S.A. y en segundo el de la actora puesto que aquel pretende revisar la sentencia en orden a obtener el rechazo de la demanda mientras que ésta persigue extender personalmente la condena a la codemandada Sra. Seidl.

VII. Recurso de apelación de la codemandada. Oliver Group S.A. persigue que se declare la nulidad de lo resuelto en primera instancia y obtener así una nueva resolución de la cuestión litigiosa. Sin embargo, se constata que el supuesto vicio que invoca, a saber la arbitrariedad, no se encuentra configurado, toda vez que la sentencia ha analizado las pretensiones de las partes y valorado la prueba rendida, brindando las razones que permiten arribar a la conclusión que hace a su parte resolutive.

El Tribunal de alzada es típicamente revisor de lo decidido en la instancia anterior y no renovador de lo actuado y decidido, de donde se requiere excitación del interesado (mediante la expresión de agravios), para poder cumplir su misión (Conf. entre otros: Alsina, Hugo "Tratado." T. IV, pág. 206 y sgts.; Azpelicueta, Juan José - Tessone, Alberto, "La Alzada. Poderes y Deberes" pág. 81 y sgts; Hitters, Juan Carlos, "Técnica de los recursos ordinarios" pág. 253 y sgts, Loutayf Ranea, Roberto G. "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil" T. I, pág. 61 y sgts.). Si en esa expresión de agravios el interesado no se hace cargo de algún fundamento dirimente de la resolución cuestionada, ésta se mantiene como acto jurisdiccional válido.

Esta última situación se configura en autos, pues la apelante ha dirigido parcialmente un

embate respecto a los fundamentos expuestos por la señora Juez A-quo, dejando inconvencidos otros que se sirven de aquellos y mantienen a la sentencia como acto jurisdiccional válido, e impide a esta Cámara acoger la impugnación ordinaria deducida. El supuesto vicio denunciado por la recurrente - arbitrariedad- no es más que la manifestación de un desconformismo con lo decidido, sin que se haya realizado una crítica razonada de los argumentos expuestos en la sentencia.

Sin perjuicio de ello y atento el sostenido criterio de este Tribunal en orden a ingresar en el tratamiento sustancial del recurso de apelación en virtud de su carácter ordinario y a los fines de asegurar el doble conforme de quien se siente agraviado por una decisión judicial, se analizarán los argumentos del apelante pese a su deficiencia técnica.

VII.1. La valoración de la prueba obrante en el beneficio de litigar sin gastos. El primer agravio fundado en la alegada violación por el tribunal del derecho de defensa de la recurrente por haber valorado prueba obrante en el beneficio de litigar sin gastos iniciado por la actora, no es de recibo puesto que su promoción fue certificada por el tribunal en los autos principales (fs. 26) y asimismo surge de las constancias del SAC que tengo a la vista que la contraria en el juicio principal conexo, esto es, la parte demandada, fue notificada a los fines de que compareciera a fiscalizar la prueba (decreto del 26/10/2011, Expediente N° 2214348/36), de modo que la demandada tuvo conocimiento de su existencia y pudo intervenir en él, no habiéndose, en consecuencia, vulnerado la garantía que refiere.

VII.2. Sobre la aplicación de las normas consumeriles. El primer y el segundo agravio de la demandada cuestionan la aplicación del régimen tuitivo del consumidor en la presente causa apuntando que la actora no sería consumidora porque, habiéndose incorporado al fideicomiso en calidad de fiduciante y beneficiaria, debe considerársela inversionista que asume un riesgo empresario. Debe resolverse a esta altura si la actora, quien ha suscripto un contrato de adhesión por el cual se incorporó a un Fideicomiso en calidad de fiduciante y beneficiaria y una reserva ad referendum de compra de una unidad ubicada en un tercer piso de un edificio, puede calificarse como consumidora, como lo hizo la sentencia de grado.

Se constata que tanto la jurisprudencia como la doctrina entienden que puede considerarse consumidor a quien adquiere unidades habitacionales mediante un sistema de adhesión a un fideicomiso inmobiliario, aun incorporándose al mismo como fiduciante y beneficiario. Se trata de una cuestión de hecho a ser valorada en cada caso particular.

Al respecto, la ley de defensa del consumidor fue el marco normativo aplicado en un caso en el cual quien había adquirido unas unidades funcionales mediante un sistema de adhesión a un fideicomiso inmobiliario interpuso, luego de abonar la totalidad del precio original convenido, demanda por escrituración y entrega de la posesión contra la Sociedad Mutual fiduciaria, la que fue acogida en primera instancia en un fallo que fue confirmado por el tribunal de Alzada. Allí se sostuvo: "En este tipo de fideicomiso debe distinguirse el fiduciante originario de aquellos terceros que financian la obra con sus aportes, sea como fiduciantes/beneficiarios de fideicomisos de construcción al costo, o como simples adquirentes/beneficiarios por la compra de las unidades a un precio fijo, resultando en este caso indispensable la clara especificación del objeto mediante la incorporación del proyecto o master plan de la obra como anexo del contrato.

Y no solamente en protección de los intereses de los beneficiarios por compra de las unidades, sino también de los propios fiduciantes, que tanto unos como otros, para que puedan exigir al

fiduciario el cumplimiento del encargo, éste debe estar claramente determinado, como así también en el propio interés del fiduciario puesto que mientras mayor sea su discrecionalidad posible, mayor será su responsabilidad en función del objeto. Mayor protección incluso requieren los terceros de buena fe que para la adquisición de un departamento, por ejemplo, participan como beneficiarios del fideicomiso, en el mejor de los casos como compradores, pero en muchos como fiduciantes; es decir, como inversores de la construcción del edificio al costo, con derecho a la participación de los beneficios en un porcentaje total de la obra traducida en una o más unidades que les corresponda. En muchos casos, al firmar el boleto de compraventa o el contrato de adhesión como fiduciantes al fideicomiso previamente constituido, ni siquiera se les entrega una copia del contrato de fideicomiso al cual adhieren, como para que mínimamente sepan las condiciones de su adhesión, y los derechos que les asisten como fiduciantes y/o beneficiarios, situación que se agrava en los supuestos en que el proyecto de obra y sus especificaciones técnicas no integran el contrato. Así, se ha sostenido que la seguridad del contrato de fideicomiso para este tercero de buena fe, beneficiario distinto a los fiduciantes originarios del proyecto, depende de la seguridad del negocio subyacente, de la confiabilidad que le inspire el fiduciario en su capacidad de gestión, y principalmente de la regulación específica en el contrato de las facultades y deberes del fiduciario en función del objeto, como así también de las formas de control del fiduciante y los beneficiarios sobre la gestión del fiduciario, y de los mecanismos de solución de contingencias que puedan suscitarse durante la vigencia del contrato; de ahí la importancia de una clara determinación del objeto del contrato. (Fuente: [www. elinmobiliario.com](http://www.elinmobiliario.com)). La protección del fiduciante-beneficiario debe acentuarse cuando este resulta ser un consumidor y es que, si bien a veces el producto íntegro del desarrollo inmobiliario se reparte sólo entre los fiduciantes originantes, en otros supuestos el fideicomiso se volcará al mercado con los consumidores mediante preventas y ventas. En este último escenario, el estatuto del consumidor será aplicado al fideicomiso, sin importar el esquema utilizado: adquisición de unidades mediante boleto de compraventa con el fiduciario, o mediante incorporación como fiduciante-beneficiario. El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato." (Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, "Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio Farmacéutico de Mendoza s/ escrituración", 31/07/2013, LLGran Cuyo2013 (octubre), 1000 - LLGran Cuyo 2013 (diciembre), 1164, con nota de Mauricio Boretto; Cita Online: AR/JUR/39689/2013, la negrita me pertenece).

Se reconoce que en una mayoría de supuestos de fideicomisos de construcción en la que terceros aportan una suma de dinero con la expectativa de la adjudicación de una unidad "habitacional" la relación será claramente de consumo.

(SANDOVAL, Carlos Molina, en "La Protección Jurídica del Adquirente de Unidades Funcionales y El Fideicomiso Inmobiliario", en LA LEY, 01/10/07); en sentido coincidente: "en el régimen del estatuto del consumidor, la finalidad es tipificante y predomina sobre la estructura típica del negocio." (LORENZETTI, Ricardo, "Consumidores", Rubinzal Culzoni, 2003, p. 113) así como que ley de defensa del consumidor, al haber incorporado expresamente los "negocios inmobiliarios", categoría de la cual participa el fideicomiso inmobiliario en todas sus formas, sirve como un freno a los proveedores que constituyen la parte fuerte del contrato y protege a los pequeños inversores que pretenden adquirir una vivienda mediante esta modalidad.

Ha quedado probado y firme a esta altura del proceso que entre la actora y Oliver Group S.A.,

representada por la Sra. Seidl, se celebró un contrato el 05/09/2008 por el cual aquella se adhería ".en todos sus términos al contrato de "Fideicomiso Canadian Plaza", pasando a formar parte del mismo en carácter de Fiduciantes y beneficiarios" (conf. cláusula primera, fs. 9/10). La sentencia de primera instancia determinó que se trata de un contrato de adhesión a cláusulas generales predispuestas, lo que no se discute en esta instancia. Tampoco se discute ya que el contrato por el cual se constituyó el fideicomiso de administración de obra se instrumentó con fecha posterior (fs. 06/11/2009, según escritura de fs. 436/440) a la celebración de aquel, de modo que, en rigor, la actora se incorporó a un fideicomiso entonces inexistente. En aquella operación la Sra. Seidl suscribió el contrato "por Oliver Group SA" (véase fs. 10 vta.), quien a su vez intervino en carácter de fiduciario del fideicomiso aún inexistente.

Además, el 28/08/2008 entre la actora y Oliver Group, también representado por la Sra. Seidl, se suscribió una reserva al referéndum de compra, obligándose en dicha oportunidad a la futura celebración del boleto de compraventa del P.H. A su vez, la sentencia de primera instancia tuvo por probado que la actora realizó las operaciones con fines habitacionales, como destinataria final. Vencida la fecha para la entrega del departamento, prevista para el 30/08/2010, la operación no se llevó a cabo porque aún se estaba construyendo el edificio. La codemandada alegó en la contestación de la demanda (fs. 86/92) que la dilación obedeció a causas imprevistas e inevitables, especialmente la necesidad de realizar submuraciones.

Si se ha entendido que los fiduciantes pueden ser consumidores cuando firman el contrato de adhesión al fideicomiso existente, con mayor razón pueden ser considerados consumidores cuando, como en este caso, lo suscriben sin que el fideicomiso no se encuentre siquiera instrumentado conforme a derecho. En tales condiciones, no hay obstáculo que impida considerar que la actora ha sido una consumidora en la contratación. Además, aquella circunstancia denota un claro desprecio del deber de información (art. 42 C.N., art. 4 LDC, art. 1110 del C.C.C.), puesto que la actora suscribió un contrato creyendo incorporarse como beneficiaria y fiduciante, sin poder advertir de la documentación entregada que el fideicomiso no existía y que, en consecuencia, tampoco existía patrimonio de afectación.

La circunstancia que la operación entre las partes haya incluido su adhesión como fiduciante y beneficiaria al fideicomiso que, reitero, era aún inexistente, no obsta que el contenido del contrato celebrado incluya una compraventa de un P.H.o unidad funcional, que el fideicomiso puede ser visto, como lo hace la doctrina y la jurisprudencia citadas, como el vehículo a través del cual la compraventa se efectivizaría, habida cuenta las reconocidas ventajas que la figura jurídica apareja para quienes lo constituyen. Tan es así que el negocio celebrado entre las partes incluyó una reserva al referéndum de compra, en el que se estableció la obligación de celebrar el boleto de compraventa del P.H. En otras palabras, el fideicomiso era un instrumento o un medio para obtener fines determinados que, desde la perspectiva de la actora, era acceder a la vivienda propia.

Ello es coincidente con la idea según la cual el fideicomiso inmobiliario no es más que una aplicación del negocio fiduciario, estructurado "ad hoc" para emprendimientos inmobiliarios, mayormente destinados a viviendas en propiedad horizontal, barrios cerrados, clubes de campos, etc., cuyos "Beneficiarios" o adquirentes son generalmente inversores o ahorristas no profesionales o consumidores finales, que financian el costo de la tierra y la construcción más un plus de retribución o ganancia para el desarrollador u organizador y asimismo que las combinaciones y participación en el negocio, particularmente de los inversores y desarrolladores, son múltiples, sin que haya un esquema, patrón fijo o "modelo uniforme" al

que se ciñen aun cuando existen prácticas generales y parecidas, sino que depende de cómo se conjugan los recursos que cada parte aporta o invierte en el negocio y la ganancia o ventaja que pretende obtener. Que, en cambio, los fideicomisos inmobiliarios tienen en común, la utilización del Contrato de Fideicomiso como vehículo jurídico que contiene el negocio y encausa algunas relaciones de los participantes o protagonistas (conf. LISOPRAWSKI, Silvio V., Fideicomisos inmobiliarios. Oferta pública de fideicomisos "no financieros", LA LEY 04/07/2007, 04/07/2007, 1 - LA LEY2007-D, 911 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo VI, 01/01/2009, 491, Cita Online:AR/DOC/2110/2007, la negrita me pertenece).

En virtud de ello, la sentencia de primera instancia, en tanto aplicó al caso la normativa tuitiva del consumidor resulta ajustada a derecho. Ello aparece, en este caso en que se discute el alcance y los efectos de contratos en curso de ejecución y conforme lo dispone el tercer párrafo del art. 7 del C.C.C., la aplicación de las normas supletorias en cuanto sean más favorables al consumidor.

VII.3. Comunicación de la actora de su voluntad de rescindir. Invocando la cláusula décima del contrato de incorporación de fiduciantes suscrito entre las partes, la codemandada insiste en esta instancia en que la actora debía comunicarle su voluntad de rescindir el contrato de antes de iniciar la demanda.-- Dicha cláusula textualmente establece: "INCUMPLIMIENTO - ACCIÓN JUDICIAL: En caso de incumplimiento de cualquiera de las partes a las obligaciones asumidas en el presente contrato, hará incurrir a la incumplidora en mora de pleno derecho, sin necesidad de interpelación judicial o extra judicial alguna.- Si el incumplimiento fuera del FIDUCIARIO el fiduciante - Beneficiario podrá darlo por rescindido y en este caso el Fiduciario procederá a la venta de la unidad para realizar la devolución del dinero recibido en concepto de indemnización única y suficiente por el incumplimiento. El pago se hará dentro de los sesenta días de notificada fehacientemente la voluntad de rescindir." (fs. 10).

La cláusula prevé la mora automática y de pleno derecho. Fue analizada por el tribunal de grado y no se observa que la apelante hubiera atacado los fundamentos que aquel tuvo para calificarla como abusiva, en los términos del art. 37 inc. a) de la L.D.C., por lo que el supuesto agravio no es más que una manifestación de disconformidad de la recurrente que no puede ser de recibo. En efecto, la recurrente no cuestionó la doctrina aplicada por el tribunal de grado, según la cual, incluso en los contratos con cláusulas de resolución extrajudicial no hay óbice para que el interesado haga valer por vía judicial la pretensión resolutoria (fs. 506 vta. y 507), máxime tratándose de una consumidora. Además, tal como señala el Sr. Fiscal de Cámaras en opinión que se comparte plenamente, el contenido de dicha cláusula, en tanto implica importantes renunciamentos para la consumidora, resulta claramente abusiva (art. 37 LDC, arts. 1111, 1113, 1117 cc. y ss. del C.C.C.) de modo que debe tenérsela por no convenida (art. 1122 inc. b. del C.C.C.), como hizo la sentenciante.

Además, la cláusula claramente refiere que la beneficiaria "podrá darlo por rescindido", lo que no obsta que pueda optar por la vía judicial, máxime cuando se encuentra probado que la actora intentó enviar dos cartas documentos a la demandada -una al domicilio contractual fijado por la demandada y otra al domicilio en donde se encuentra emplazado el inmueble-, que le fueron devueltas por causales de "mudanza" y "rechazo", respectivamente (fs. 21 y 22) siendo que, en todo caso, correspondía a la demandada comunicar su cambio de domicilio a la actora.

Aun en los casos de pacto comisorio, ya sea expreso o tácito, puede ejercerse la facultad

resolutoria por vía judicial sin haber seguido previamente los procedimientos extrajudiciales. En esta dirección se ha dicho que cuando el acreedor opta por resolver el contrato por vía judicial no es indispensable o necesario que cumpla los requerimientos o intimaciones previas pues de lo contrario el trámite judicial no tendería a provocar la resolución, sino más bien a obtener una declaración judicial de que se había llevado a cabo en oportunidad de cumplimentarse los recaudos exigidos por la ley para llegar extrajudicialmente a la extinción del vínculo (conf. SALAS, TRIGO REPRESAS, LÓPEZ MESA, Código Civil anotado, 4-A, Depalma, Bs.As., 1999, 681 y ss.).

VII.4. Declaración de la resolución del contrato. Se agravia la codemandada porque el tribunal la condenó sin haber declarado resuelto el contrato. Ahora bien, la cuestión pudo, eventualmente, haber sido planteada a través de una aclaratoria por ante el mismo tribunal, aun cuando resulta evidente que la condena por daños y perjuicios impuesta en la sentencia a Oliver Group S.A. es el efecto propio de la resolución contractual por ser aquél un derecho derivado de la inejecución del contrato (ex. art. 1204 del C.C., arts. 1083 a 1087 y 1089 del C.C.C.), por lo que el agravio se rechaza.

VIII. Recurso de apelación de la actora. Anticipo mi opinión en el sentido que encuentro razones que justifican en este caso que la condena se extienda personalmente a la Sra. Seidl.

Es claro que, en función de lo dispuesto en el art. 14 de la ley N° 24.441, los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado tanto del fiduciario como del fiduciante y asimismo que la responsabilidad objetiva del fiduciario - emergente del ex art. 1113 del Cód. Civil- se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado. La referida ley, aparte de los arts. 14 y 15, no se ocupa más del fiduciante porque los bienes entregados al fideicomiso salieron de su patrimonio y formaron uno distinto. Su participación estuvo en el contrato, que suele ser la forma principal de dar nacimiento al fideicomiso. Ahora bien, en este caso se produjo una situación particular, esto es, que el bien entregado por la fiduciante, Sra. Seidl, salió de su patrimonio e ingresó en el del fideicomiso después de que se celebraron los contratos con la actora.

Si bien la Sra. Seidl. operó en representación de Oliver Group S.A., ésta a su vez intervenía en carácter de fiduciaria de un fideicomiso que no se encontraba legalmente constituido. Así, en rigor, tampoco puede sostenerse que Oliver Group S.A. hubiera actuado en calidad de fiduciaria al tiempo de la celebración de los contratos con la actora, ni que hubiera sido la titular del bien que no puede calificarse de bien fideicomitado.

En cambio, a la fecha de celebración de los contratos de incorporación de fiduciantes (05/08/2008) y de reserva ad referéndum de compra (28/08/2008), el inmueble sobre el que se construía el edificio, una de cuyas unidades funcionales constituyó el objeto del negocio efectuado entre la actora y Oliver Group S.A., era de propiedad de la Sra. Seidl.

De tal modo, no encontrándose constituido el fideicomiso -respecto del cual luego resultó ser "fiduciante inversor beneficiaria, de todas las unidades" conforme surge de la copia de la Escritura constitutiva N° 36 Sección "A" de fecha 06/11/2009 obrante a fs. 436/440-, ni siendo el inmueble un bien de la sociedad que ella representaba, debe calificarse a la titular registral del inmueble como proveedora, en los términos del art. 2 de la LDC. Se advierte que en dicha escritura se consignó que la Fiduciante debía transferir el dominio fiduciario del inmueble ubicado en calle Esquiú 263 del Barrio General Paz de la ciudad de Córdoba. Siendo que las

operaciones de venta de la unidad funcional del edificio se produjeron con fecha anterior al traspaso del dominio fiduciario, no cabe sino considerar que quien era la propietaria del inmueble quien, a la postre resultó ser la Directora Presidente de la sociedad administradora de fondos, constructora del edificio y agente inmobiliaria de las unidades funcionales y, asimismo (según escritura constitutiva de la sociedad N° 34 del 18/04/2007, fs. 38/41 y su complementaria, N° 112 del 10/10/2007, fs.43/46), como así también fiduciante inversor y beneficiaria en el contrato de fideicomiso, deba responder en el presente caso, habida cuenta la falta de información cierta y detallada, adecuada y veraz suministrada a la actora, sumado a los distintos roles o calidades de la Sra.

Seidl, incluida su relación sobre el inmueble al tiempo de la contratación, constituyen elementos suficientes para hacerle extensiva la condena, a título personal (art. 2 LDC).

Es que la obligación que pesa sobre los proveedores de suministrar información al consumidor en forma gratuita, clara, cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que proveen, las condiciones de su comercialización y toda circunstancia relevante para el contrato, incluía en este caso, el deber de informar a la actora cuál era la situación registral y dominial del inmueble sobre el cual se emplazaba el proyecto edilicio y que el fideicomiso no se había instrumentado.

En cambio, de la redacción de los contratos predispuestos pudieron inducir a la actora al error de pensar que el fideicomiso se encontraba constituido, que el inmueble era un bien fideicomitido y que la sociedad efectivamente era el fiduciario que iba a gestionar el boleto de compraventa a su favor. Asimismo, le entregaron dos Anexos de especificaciones técnicas del "Fideicomiso Canadian Plaza" y un plano de la unidad (fs. 11/12 y 14), los cuales llevan la firma de la Sra. Seidl, sin aclaración que indicara representación alguna.

En función de ello, la Sra. Liliana Alfonsina Viviana Seidl, debe responder solidariamente por los daños y perjuicios sufridos por la actora, conjuntamente con la sociedad cuya condena se confirma en esta instancia.

Así voto.

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR WALTER ADRIAN SIMES A LA PRIMERA CUESTION DIJO:

Que adhería a lo expresado por el Sr. Vocal preopinante y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta ya que comparte los fundamentos.

LA SEÑORA VOCAL DOCTORA SILVIA B.PALACIO DE CAEIRO A LA PRIMERA CUESTION DIJO:

Que adhería a lo expresado por el Sr. Vocal de primer voto y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta ya que comparte los fundamentos.

EI SEÑOR VOCAL DOCTOR ALBERTO F. ZARZA A LA SEGUNDA CUESTIÓN DIJO:

Corresponde: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la codemandada, Oliver Group S.A. 2) No existiendo razón que justifique el apartamiento de la regla general prevista en el art. 130 del CPCC, las costas se imponen a la codemandada recurrente a mérito de su condición de vencida, debiendo regularse los honorarios del Dr. Luciano Zanzi de conformidad

con los arts. 36, 39 y 40 de la ley N° 9459. No regular honorarios en esta oportunidad al Dr. Alberto Víctor Falcón de acuerdo con lo dispuesto por el art. 26 de la ley N° 9459.

3) Acoger el recurso de apelación de la parte actora y, en consecuencia, hacer solidariamente extensiva la condena por daños y perjuicios a la Sra. Liliana Alfonsina Viviana Seidl, por los fundamentos expuestos. Confirmar en lo demás.

4) Imponer las costas derivadas de la demanda incoada en su contra, en ambas instancias, a la codemandada, Sra. Liliana Alfonsina Viviana Seidl. 5) Dejar sin efecto la regulación de honorarios efectuada en el punto 4) del resuelto de la sentencia de primera instancia, debiendo efectuarse una nueva, de conformidad al nuevo resultado del pleito y regular los honorarios del Dr. Luciano Zanzi, por la actividad desplegada en el recurso de apelación de la actora, según lo establecido en los arts. 36, 39 y 40 de la ley N° 9459. No regular honorarios en esta oportunidad al Dr. Alberto Víctor Falcón de acuerdo con lo dispuesto por el art. 26 de la ley N° 9459.

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR WALTER ADRIAN SIMES A LA SEGUNDA CUESTION DIJO:

Que adhería a lo expresado por el Sr. Vocal preopinante y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta ya que comparte los fundamentos.

LA SEÑORA VOCAL DOCTORA SILVIA B.PALACIO DE CAEIRO A LA SEGUNDA CUESTION DIJO:

Que adhería a lo expresado por el Sr. Vocal de primer voto y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta ya que comparte los fundamentos.

Por ello, y el resultado de la votación que antecede, SE RESUELVE: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la codemandada, Oliver Group S.A., con costas a la codemandada recurrente.

2) Regular los honorarios del Dr. Luciano Zanzi en el 35 % del punto medio de la escala del art. 36 de la ley N° 9459 calculado sobre la base de lo que ha sido motivo de agravios -monto de la condena-. 3) Acoger el recurso de apelación de la parte actora y, en consecuencia, hacer solidariamente extensiva la condena por daños y perjuicios a la Sra. Liliana Alfonsina Viviana Seidl, por los fundamentos expuestos. Confirmar en lo demás. 4) Imponer las costas derivadas de la demanda incoada en su contra, en ambas instancias, a la codemandada, Sra. Liliana Alfonsina Viviana Seidl. 5) Dejar sin efecto la regulación de honorarios efectuada en el punto 4) del resuelto de la sentencia de primera instancia, debiendo efectuarse una nueva, de conformidad al nuevo resultado del pleito y regular los honorarios del Dr.

Luciano Zanzi, por la actividad desplegada en el recurso de apelación de la actora, en el 35 % del punto medio de la escala del art. 36 de la ley N° 9459 - calculado sobre la base de lo que ha sido motivo de agravios -monto de la condena-.

Protocolícese y hágase saber. Con lo que terminó el acto que firman los Sres.

Vocales.

Certifico que la resolución que antecede no fue suscripta por el Vocal Dr. Alberto F. Zarza por

impedimento ulterior a la deliberación, encontrándose el voto emitido reservado en Secretaría.
Of.